

AS TUTELAS DE EFICÁCIA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Mantovanni Colares Cavalcante*

CAVALCANTE, M. C. As tutelas de eficácia no direito processual civil. **Rev. Ciên. Jur. e Soc.** da Unipar. Umuarama. v. 11, n. 2, p. 545-559, jul./dez. 2008

RESUMO: É preciso pensar um instrumento para conferir a devida eficácia aos julgamentos. Tem-se, então, as tutelas de eficácia, que podem ser de urgência, de evidência e as punitivas ou inibitórias. Quanto à origem, as tutelas específicas podem ser veiculadas de decisões interlocutórias ou de sentenças.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela jurisdicional. Tutela específica. Proposta de nova classificação.

“(…) assim como é de boa economia guardar um pão para a velhice, assim também é de boa prática social acautelar um ofício para a hipótese de que os outros falhem, ou não indenizem suficientemente o esforço da nossa ambição. É isto o que te aconselho hoje, dia da tua maioridade”.

(Machado de Assis. “Teoria do Medalhão” – *Gazeta de Notícias*, 18 de dezembro de 1881).

1. A maioria das reformas e os grilhões da estrutura processual clássica

O ano de 2008 será lembrado, dentre outras cousas, como aquele dedicado a Machado de Assis, em decorrência do centenário de sua morte¹; daí a referência no início deste trabalho ao interessante diálogo entre pai e filho, no conto de autoria do Bruxo de Cosme Velho², intitulado *Teoria do Medalhão*, no instante em que o rebento faz dezesseis anos, e seu genitor entende ser o momento adequado para lançar conselhos ao jovem em sua recém-adquirida maioria.

Pois bem; é neste mesmo 2008 que se contabiliza o lapso de dezesseis anos desde o início das reformas no direito processual civil³, a revelar uma maio-

* Professor de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Ceará. Professor Conferencista do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET. Juiz de Direito. Mestre em Direito Público. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP.

¹ A merecer inclusive elogiável gesto oficial, eis que a Lei 11.522, de 19 de setembro de 2007, oriunda de projeto de lei apresentado pelo Senador Marco Maciel, institui 2008 como o *Ano Nacional Machado de Assis*.

² Devemos a Carlos Drummond de Andrade esse formidável epíteto que bem define Machado de Assis. Em seu poema “*A um bruxo com amor*”, o poeta mineiro faz referência à casa onde vivia Machado, na rua Cosme Velho, no bairro com o mesmo nome, no Rio de Janeiro. A expressão é

ridade política do acontecimento⁴. Seria então esse o momento de dar conselhos à jovem reforma processual, tal como no conto machadiano?

Observa-se na obra literária em referência que o pai fala em *acautelamento*, o que se tornou moda em se cuidando de direito processual, com o alargamento do poder geral de cautela do juiz, antes timidamente reservado a estreita via procedimental, palpável basicamente nos moldes da estrutura formada no processo cautelar, sem chances de exercício dessa importante atividade nos demais processos – de conhecimento e de execução – que integravam o tripé de sustentação da codificação processual civil brasileira.

Tem-se agora um período de *renovação* do direito processual, daí ser esta a quadra mais que adequada para se admitir um espectro mais largo dessa visão acautelatória, eliminando-se a delgada via do processo cautelar como único condutor das tutelas tidas como urgentes, de sorte a se perseguir a materialização de *várias cautelas*. Para tanto, é essencial a libertação dos grilhões forjados pela estrutura processual clássica.

O grande indicativo desse clima de mudança está no fato de que, com a inserção da atividade acautelatória no processo de conhecimento⁵ e a eliminação da ação de execução para a concretização do comando judicial contido na sentença⁶, não se pode mais falar em processo de conhecimento, processo cautelar e processo de execução.

Na verdade, nesse novo contexto processual, o que se tem é uma jurisdição preponderantemente cognitiva, uma jurisdição preponderantemente cautelar e uma jurisdição preponderantemente executiva; e em todas as ativida-

de muito adequada, uma vez que o gênio carioca jamais saiu do território fluminense, e mesmo assim se tornou o *único romancista brasileiro universal*, o que lhe valeu a denominação de bruxo das letras, a comprovar a máxima esculpida por Fernando Pessoa, segundo a qual de nossa aldeia é possível ver o mundo. Um dos versos mais tocantes daquele poema de Drummond em homenagem a Machado de Assis é: “outros leram da vida um capítulo, tu leste o livro inteiro”.

³ Em 1992 surgiu a Lei 8.455, simplificando a formalização da perícia judicial, e por isso tal norma é tida como demarcatória quanto às alterações no Código de Processo Civil, por ser a primeira referência legislativa do que posteriormente se denominaria de reforma do sistema processual civil.

⁴ A Constituição Federal estabelece que o alistamento e o voto são facultativos para os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (art. 14, § 1º, II, “c”), a demonstrar que nessa idade já é possível se perceber um ligeiro amadurecimento político do cidadão, daí a referência cronológica no tocante às mudanças legislativas.

⁵ A partir da edição da Lei 10.444/2002, conferiu-se ao juiz a possibilidade de, no âmbito do processo de conhecimento, *converter* o pedido antecipatório em cautelar, no caso de o magistrado verificar que o autor fez postulação sob a forma de antecipação de tutela, mas a providência na verdade se enquadra como sendo de natureza cautelar. A inserção do § 7º ao art. 273 do Código de Processo Civil, autorizando esse deferimento de medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado fez surgir uma modalidade de medida cautelar atípica – a qual denominamos de *medida cautelar por conversão* – suprimindo a lacuna processual naquelas situações em que o Juiz almeja evitar o dano à parte requerente, mas não encontra abrigo nas rígidas condições de admissibilidade da tutela antecipada.

⁶ No caso, o novo sistema de *cumprimento da sentença*, instaurado pela Lei 11.232/2005.

des jurisdicionais encontraremos resquícios de cada uma dessas facetas. O que determinará o então chamado processo de conhecimento não é mais a função declaratória ou de reconhecimento do direito suscitado na ação, e sim a atuação cognitiva com *preponderância*, embora ali se exerça também as funções acautelatória e executória.

O mesmo se pode dizer quanto aos demais vieses jurisdicionais formalizados no âmbito do que outrora se chamava processo de execução e processo cautelar. Basta dar um exemplo para cada uma dessas situações. Em ação de execução de título executivo extrajudicial, é indiscutível que o juiz exerce atividade cognitiva quando da prática do juízo de admissibilidade da ação, de ofício ou mediante provocação da parte executada, no que ficou conhecido por *exceção de pré-executividade*. Em contexto diverso, em ação cautelar, o juiz poderá atuar com função jurisdicional cognitiva ampla, como se dá em determinadas ações cautelares específicas, em que ora se tem a análise de prova, ora se exaure próprio direito⁷.

Por isso, é chegada a hora de se enfrentar um dos temas *mais relevantes*, a meu sentir, relacionado com a *plena adequação* dos mecanismos procedimentais à nova óptica de um direito processual mais eficaz, que é justamente o da clara percepção do que até então se chamava de *tutela de urgência*, notadamente em suas duas vertentes mais utilizadas nas estratégias processuais, que são as *tutelas cautelares* e aquilo que recebeu a alcunha de *tutela antecipada*.

É que, com o moderno cenário por onde desfilam as personagens de um espetáculo processual, é imperativo que se enjeite o *paradigma da cautelaridade instrumental* como sendo o único suporte para todas as tutelas jurisdicionais que guardem sintonia com o sentido de se *acaustelar um direito*.

Ao invés de *tutelas de urgência*, deve-se pensar em *tutelas de eficácia*, que englobariam todos os instrumentos à disposição do jurisdicionado para se atribuir um *sentido de plena validade da sentença judicial*, seja ela um ato do passado, do presente ou do futuro, no contexto temporal da ação.

2. A eficácia das tutelas como centro de gravidade no estudo das decisões judiciais

Em trabalho anterior, procurei distinguir em termos conceituais três importantes institutos processuais que, à época, em período pré-extintivo do processo de execução de título judicial, me pareceram de extrema importância para

⁷ Em ação cautelar de arresto exige-se a *prova literal da dívida* (art. 814, I, do Código de Processo Civil). Noutro passo, a ação cautelar de busca e apreensão tem função nitidamente *exaustiva*, a esgotar o objeto da ação e a própria discussão judicial de mérito, no instante em que o juiz determina a busca e apreensão de pessoas ou de coisas (art. 839 e seguintes do Código de Processo Civil)

a afirmação de *novos paradigmas* na seara processual⁸.

Naquela ocasião, tentei me libertar do exame da figura conhecida por *antecipação da tutela* sob o prisma da *cautelaridade*, inspecionando-o muito mais pelo foco da *eficácia* da sentença.

Sustentei que o termo *efetividade* seria de uma abrangência sistêmica, a englobar não somente o direito às tutelas de urgência, como também possibilitar que os meios de execução se mostrem *suficientes* para a materialização do que foi postulado, como nos casos de obrigação de fazer, em que não mais se resolve a inadimplência por perdas e danos, e sim mediante a aplicação de meios de coação para a concretização do comando judicial, prestigiando-se a concessão da tutela *específica* ou a adoção de providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Por outro lado, ao falar em *efeitos da sentença*, argumentei que a expressão relacionar-se-ia com as *consequências naturais ou provocadas* a partir da edição daquele ato judicial, uma vez que, ao surgir uma sentença judicial, dele decorreriam vários *efeitos*, a saber, (I) o início do lapso temporal para a incidência do fenômeno da coisa julgada, que ocorre na hipótese da não apresentação do recurso em tempo hábil; (II) o começo da contagem do prazo para a interposição de recurso voluntário, qual seja, a apelação; bem como (III) o da submissão do julgado a um reexame obrigatório, nas hipóteses previstas no art. 475 do Código de Processo Civil; (IV) o encerramento da atividade de julgamento do magistrado de primeiro grau e, por fim, (V) o efeito da *eficácia*, que seria a concretização do comando contido no julgado.

Ou seja, a *eficácia* representa *um dos efeitos* da sentença, relacionada com a concretização do comando, naquilo que ficou conhecido por *execução do julgado*. É importante destacar, como fiz naquele texto, que a eficácia da sentença passou a assumir, a partir das reformas legislativas, dimensões nunca antes imaginadas; pois ela passou a interagir no processo *sem as barreiras anteriormente impostas de tempo* (aspecto horizontal) ou profundidade (aspecto vertical), chegando-se mesmo a permitir a *eficácia da sentença antes da sua existência*, naquilo que se costumou chamar de *antecipação da tutela*.

Lancei naquela oportunidade a conclusão de que a eficácia da sentença poderia ser (I) imediata e automática, independentemente de requerimento da parte, como é o caso das sentenças proferidas em ações cautelares e no mandado de segurança, (II) imediata e condicionada à simples provocação da parte interessada⁹, (III) imediata, desde que a parte ingresse com a *execução provisória da*

⁸ Refiro-me ao artigo intitulado *A antecipação da tutela e o novo sistema de eficácia A sentença*, publicado na Revista Dialética de Direito Processual nº 4, de julho de 2003.

⁹ Pode-se dar como exemplo a ação de despejo por falta de pagamento, em que a parte vencedora, ainda que haja recurso de apelação, tem o direito de exigir o comando da sentença judicial, inde-

sentença, ou (IV) nas situações expressas em lei, dá-se o fenômeno da *eficácia diferida*, transferindo-se a eficácia da sentença para momento posterior, que tanto pode ser depois de julgada a apelação ou mesmo em face do surgimento do fenômeno da coisa julgada.

Esse parece ser o *centro de gravidade* do estudo das decisões judiciais: a eficácia, com suas formas e momentos de materialização no processo, uma vez que a tendência do processo civil moderno é a de proporcionar, cada vez mais, a *eficácia imediata da sentença*, prestigiando-se a decisão do juiz de primeiro grau, deixando para casos restritos e expressamente previstos em lei a eficácia condicionada ao trânsito em julgado.

E mais, atualmente essa *eficácia* pode ser *antecipada*, isto é, *exteriorizada em momento processual anterior ao da prolação da sentença*, respeitando-se os postulados básicos do processo, entre eles o do contraditório e o da ampla defesa, com a enorme vantagem de *potencializar* a carga de efetividade do sistema processual, na medida em que o futuro e quase certo comando judicial reconhecedor do direito da parte tenha sua eficácia garantida *por antecipação*. Essa me parece a melhor leitura do art. 273 do Código de Processo Civil.

Daí que se almeja, neste estudo, uma *proposta de classificação* das tutelas jurisdicionais, tendo como parâmetro a *eficácia*, até porque me parece que a fase de *cumprimento de sentença* é mera extensão desse importante fenômeno de nítida função de *efetividade* do processo.

É certo que todas as tutelas jurisdicionais carregam, em seu âmago, um sentido de *eficácia*, como sendo a consequência natural desse ato jurídico de índole processual. Todavia, essa eficácia se mostra *latente*, é um *potencial* a ser exteriorizado em determinado momento processual, daí porque a classificação das *tutelas de eficácia* não pode simplesmente considerar a *natureza* do ato jurisdicional – se é decisão interlocutória ou sentença, trânsito em julgado ou não –, mas principalmente o *momento* e a *forma* de surgimento dessa eficácia.

É que as tutelas de eficácia, nesse contexto, seriam aquelas que carregam em seu âmago o jorro imediato do fenômeno da concretização do comando da sentença de mérito, seja ela atual ou iminente.

3. As tutelas com eficácia diferenciada: as tutelas de eficácia

Historicamente, tem-se a relevante marca da *coisa julgada*, no âmbito do processo civil, como sendo um *requisito de eficácia* da decisão judicial, conforme pensamento externado por Chiovenda no início do século XX, ao atribuir essa qualidade da sentença, quando atingida por esse fenômeno da imutabilidade

pendentemente de execução da sentença, mas é preciso *manifestar o intuito de obter a eficácia da decisão* (inciso V do art. 58 e art. 63, ambos da Lei 8.245/91).

de¹⁰.

Essa a razão pela qual a doutrina tradicional passou a imbricar o conceito de coisa julgada com a própria noção de *eficácia*.

Ocorre que, desde a vigência do Código de Processo Civil de 1973, o *Código Buzaid*, não mais se mostrava possível raciocinar no sentido de que a coisa julgada seria um pressuposto de *eficácia* da decisão judicial, em face da possibilidade de submeter as decisões judiciais a uma *execução provisória*, que, na verdade, representava uma *possibilidade de antecipação da eficácia (execução) da sentença* para um momento *anterior* àquele em que, via de regra, faria nascer a eficácia (trânsito em julgado).

A alteração posterior, mais precisamente no ano de 1994, ao se criar a figura delineada pelo art. 273 do Código de Processo Civil, *ampliou* esse direito à obtenção da *eficácia* da sentença, possibilitando o surgimento desse fenômeno *antes mesmo* da existência do ato (sentença) que ocasionaria esse efeito (eficácia).

E, no contexto atual, somente em algumas situações continua tendo a coisa julgada essa característica de ser um *pressuposto de eficácia da decisão*, como nas ações contra o Poder Público que importem em pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal¹¹.

Mesmo diante dessa realidade, ainda se mostra impregnado o pensamento segundo o qual a sentença não teria a *eficácia* imediata, até porque a regra ainda é a da atribuição do *efeito suspensivo* na apelação dirigida contra a sentença, ou seja, o recurso manejado contra a decisão judicial possui um mecanismo automático para estancar a *eficácia imediata* do julgado, que ocorre quando da interposição da apelação, forçando o juiz a receber a impugnação em seu efeito *suspensivo*.

Esse aspecto, porém, não impede a utilização de ferramentas para atribuir a eficácia àquela decisão judicial que será reexaminada por meio da apelação. Ao contrário, ao longo do processo, existem diversas maneiras de se obter a *eficácia da tutela*. Todavia, não sendo essa a *regra*, há que se cuidar do tema

¹⁰ *Sulla cosa giudicata, em saggi di diritto processuale civile*, conforme destaca Enrico Tullio Liebman em *Eficácia e autoridade da sentença*, trad. Alfredo Buzaid e Benvidio Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945. p. 11.

¹¹ Constituição Federal: “art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. § 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de *sentenças transitadas em julgado*, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente” (*redação dada pela Emenda Constitucional nº 30, de 13/09/00 – grifei*).

como sendo algo *diferenciado*, embora se sonhe que, em futuro breve, a *regra* seja a da *eficácia imediata*.

4. A eficácia das tutelas veiculadas em decisão interlocutória

As decisões interlocutórias são eficazes com o seu surgimento, isso é inegável, ainda mais quando se tem, na atualidade, a regra da recorribilidade por meio de *agravo de instrumento retido*, pois a Lei 11.187/2005 inaugurou um *novo* regime jurídico dos agravos, dando-se prevalência ao agravo retido, na medida em que o agravo de instrumento passou a ser admitido em restrita hipótese na qual se demonstre a possibilidade de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, no caso de não se apreciar imediatamente o recurso.

Ao se falar, aqui, em eficácia das tutelas veiculadas em decisão interlocutória, a referência diz respeito à possibilidade de se *atribuir eficácia à sentença* por meio de *decisão interlocutória* lançada em momento diverso do julgamento.

4.1. Tutelas de urgência

As decisões interlocutórias que possam vir a impor uma carga de eficácia da sentença futura, e que ocupam enorme relevância, por cuidar de situações em que se constate a *urgência* quanto ao pronunciamento jurisdicional, são justamente aquelas que passaram a ser conhecidas como *tutelas de urgência*.

Tem-se nesse contexto a concessão de *medidas que assegurem* o resultado prático da execução a ser utilizada posteriormente, mediante as *tutelas cautelares inespecíficas*, delineadas pelo Código de Processo Civil, em processo próprio, no caso o processo cautelar, seja preparatório, seja incidental, quando demonstrada a plausibilidade do direito invocado e possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação.

Igualmente se mostra possível a obtenção de medida cautelar, com esse mesmo fim, em processo de conhecimento, por conversão do pedido formulado em ação que busca a antecipação da tutela, mas não se consegue demonstrar o preenchimento dos requisitos para o deferimento do pedido antecipatório, cabendo ao juiz *converter* o pleito em *medida cautelar*¹².

Há também, nesse âmbito de urgência, as *tutelas cautelares específicas*, que seriam aquelas (I) para garantia da eficácia de processo de execução, condicionadas à prova, como é o caso do arresto, seqüestro e medida cautelar decorrente de ação cautelar fiscal (Lei 8.397/92); (II) para garantia da eficácia

¹² Código de Processo Civil: “art. 273. (...) § 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer

do processo de conhecimento, condicionadas a critérios previamente fixados, que seriam a caução, a exibição, os alimentos provisionais, a posse em nome de nascituro e o atentado; as (III) tutelas cautelares satisfativas ou “provisórias de antecipação do mérito”, conforme expressão de Calamandrei, enquadrando-se aí a busca e apreensão; as (IV) tutelas cautelares preventivas, destacando-se a produção antecipada de provas, o arrolamento de bens, a justificação, os protestos, as notificações e as interpelações, além das medidas de protestos e apreensão de títulos.

Restam ainda as *tutelas cautelares atípicas*, que guardam essa denominação por conta de seu caráter incomum, eis que não foram inicialmente previstas quando da estruturação da codificação processual civil de 1973, sendo que a jurisprudência acabou por esculpir algumas dessas medidas, e outras surgiram por conta de legislação extravagante posterior, até mesmo de índole constitucional.

Elas são consideradas atípicas, porque fogem à estrutura tradicional das demais medidas cautelares – as específicas e as inespecíficas – tendo um regramento próprio e peculiar.

Encaixam-se nesse contexto a (I) tutela cautelar para atribuir efeito suspensivo a recurso especial ou extraordinário¹³, a (II) tutela cautelar no controle concentrado de constitucionalidade¹⁴ e a (III) tutela cautelar em ação rescisória¹⁵.

Por fim, nessa contextura de *tutelas de urgência*, enquadram-se as tute-

providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

¹³ Mencionados recursos não geram o efeito suspensivo quando de sua interposição, nos termos do art. 497 do Código de Processo Civil, de sorte que é possível a execução do julgado, ainda que submetida a causa a novo exame pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal, mas existe previsão regimental quanto à possibilidade de se conceder *medida cautelar* para esse fim, no caso, o art. 21, IV, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, e o art. 288 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

¹⁴ Constituição Federal: “art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: (...) p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade”. Na ação declaratória de constitucionalidade, a medida cautelar assegura, temporariamente, a força e eficácia à futura decisão de mérito, e embora não haja expressa previsão constitucional dessa medida, entendeu o Supremo Tribunal Federal, na ADC nº 4, que o poder de acautelar é imanente ao de julgar

¹⁵ O art. 489 do Código de Processo Civil teve sua redação alterada pela Lei 11.280/2006, nos seguintes termos: “o ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela”. Antes disso, o art. 15 da Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, originariamente editada sob os números 1.798, 1.906, 1.984 e 2.102, dispunha que “aplica-se à ação rescisória o poder geral de cautela de que trata o art. 798 do Código de Processo Civil”.

las de antecipação da eficácia da sentença, quando demonstrada a prova inequívoca, a verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, conforme a dicção do art. 273, em conjunto com seu inciso I, do Código de Processo Civil.

Essa espécie de antecipação da tutela se tornou a mais comum, quiçá a mais utilizada. E talvez por isso mesmo acabou-se por inserir nas conceituações do mecanismo o fator *urgência* como identificador de sua essência, o que é um equívoco, eis que, além dessa, existem mais *duas espécies* ou *hipóteses de cabimento* da chamada antecipação da tutela, totalmente desvinculadas do elemento *urgência*, eis que dizem respeito às *tutelas de evidência* e às *tutelas punitivas*, como se verá a seguir.

4.2. Tutelas de evidência

Pode-se dizer que, em circunstâncias nas quais se constate a *evidência* do direito postulado, em face da probabilidade quase absoluta de acatamento do pedido por ocasião do julgamento, é facultado à parte beneficiária da futura sentença obter a eficácia *antecipadamente*.

É o caso da tutela de antecipação da eficácia da sentença quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso, prevista no art. 273, § 6º, do Código de Processo Civil, pois, nesse caso, não se mostra necessário demonstrar o provável dano pela demora no desenlace da causa, sendo bastante a verificação da incontrovérsia do pedido.

Igualmente se tem uma tutela de evidência, em ação de mandado de segurança, quando se constata a relevância do fundamento contido na petição inicial, e a possibilidade de ineficácia da medida, acaso se aguarde a prolação da sentença, no que poderia se chamar de *tutela de antecipação parcial ou total em mandado de segurança*, esclarecendo-se que tal medida ficou comumente conhecida como *liminar* em mandado de segurança.

4.3. Tutelas punitivas ou inibitórias

Outra categoria de *tutelas de eficácia* veiculadas em decisões interlocutórias são aquelas que têm por fim *punir* a parte litigante que deixa de observar a boa-fé processual, ou então inibir a desobediência à ordem judicial.

No primeiro caso, a referência é a da tutela de antecipação da eficácia da sentença quando caracterizado o *abuso de direito de defesa* ou o *manifesto propósito protelatório do réu*, desde que haja prova inequívoca e verossimilhança da alegação, conforme disciplinado pelo art. 273, conjugado com seu inciso II, do Código de Processo Civil.

A segunda hipótese esta materializada quando se tem a *tutela liminarmente* concedida em ação de *obrigação de fazer ou não fazer* (art. 461 do Código de Processo Civil), ou em ação que tenha por objeto a *entrega de coisa* (art. 461-A do Código de Processo Civil), quando relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, com possibilidade de imposição de multa diária (*astreints*).

5. A eficácia das tutelas veiculadas em sentença

Conforme já se destacou, existem situações em que a *própria sentença* traz em seu âmago uma *carga de eficácia imediata*, que emana tão logo ela seja publicada, e, em certas situações, essa concretização, embora imediata, dependerá da postulação do beneficiado para a sua exteriorização.

É o caso das *tutelas de eficácia natural*, inseridas em sentenças que, por sua natureza, impõe-se a imediata realização de seu conteúdo, sendo facilmente identificáveis, por se encontrar naquele rol de decisões em que a *apelação* não possui o efeito *suspensivo*, quais sejam, a sentença que homologa a divisão ou a demarcação, a sentença que condena à prestação de alimentos, a sentença que decide o processo cautelar, a sentença que rejeita liminarmente os embargos à execução ou os julga improcedentes, a sentença que julga procedente o pedido de instituição de arbitragem e a sentença que confirma a decisão interlocutória anterior que antecipou a eficácia da tutela (art. 520 do Código Processo Civil).

Quanto à sentença em ação de obrigação de fazer ou não fazer, ou de entrega de coisa, somente com o *trânsito em julgado* se realiza o seu cumprimento por determinação do juiz, independentemente de pedido da parte beneficiada, uma vez que, com a instituição do sistema de *cumprimento de sentença*, eliminando-se a ação de execução das sentenças judiciais, o legislador condicionou a eficácia da decisão à provocação *somente no caso de condenação* ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação (art. 475-J do Código de Processo Civil).

Mas é bom ressaltar novamente, que para essa eficácia exige-se a formação da *coisa julgada*, ou seja, tão logo transitado em julgado, o capítulo da sentença que importar nessa situação *deverá ser concretizado por imposição do juiz*, independentemente de provocação do interessado. O interessado só deverá impulsionar a eficácia na situação em que o capítulo da sentença verse sobre *condenação a pagamento de quantia*, pois nesse contexto se faz um *cumprimento da sentença por execução*¹⁶.

¹⁶ Código de Processo Civil: “art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto

Entretanto, *antes do trânsito em julgado*, a parte beneficiada poderá requerer a *execução provisória do julgado*, que hoje caberia melhor na expressão *cumprimento provisório da sentença*. E é nesse ponto que se pode observar a existência de *tutelas de eficácia condicionada à postulação do beneficiado*, que seriam as de condenação em pagamento.

Todavia, ainda que não se cuide de condenação em pagamento, e sim uma sentença de natureza condenatória de obrigação de fazer ou de não fazer, ou de entrega de coisa – no que muitos ainda entendem se cuidar de *sentença mandamental*, por força da influência da classificação elaborada por Pontes de Miranda – é possível o *cumprimento provisório da sentença*.

Por fim, é cabível a atribuição de uma carga de eficácia *na própria sentença*, no instante em que o juiz *concede* à chamada antecipação da tutela *seu próprio conteúdo*.

É que o instituto da antecipação da *eficácia* da tutela – ou, como ao gosto da maioria da doutrina e da jurisprudência, antecipação da tutela – pode ser utilizado em qualquer fase processual anterior à do trânsito em julgado, vale dizer, (I) ainda que não tenha sido proferida a sentença, ou seja, havendo unicamente uma expectativa latente de concessão da tutela almejada, (II) no próprio julgamento, quando o juiz acolhe o pedido e lhe dá naquele mesmo instante a aptidão para gerar a eficácia pretendida ou (III) após o julgamento, quando solicitada a antecipação dos efeitos daquela tutela já deferida mediante sentença, tendo como finalidade repelir o efeito suspensivo da futura e provável apelação.

Isso porque não há, no Código de Processo Civil, a indicação do *momento adequado* para a aplicação do art. 273; desde que preenchidos os requisitos ali dispostos, até *liminarmente* o Juiz poderá conceder a antecipação da tutela, ou seja, ao despachar a inicial.

O próprio Superior Tribunal de Justiça firmou posição no sentido de que a tutela antecipada pode ser concedida com a sentença¹⁷. Efetivamente, se ao magistrado é atribuído o poder de *antecipar a eficácia* de uma tutela que *muito provavelmente* irá conceder por ocasião da futura sentença (verossimilhança), no instante em que a sentença é prolatada já não há mais um juízo provável, e sim *definitivo* (certeza), ao menos em primeiro grau de jurisdição.

É certo que essa concessão da antecipação da tutela na sentença gera uma verdadeira barreira ao recebimento da apelação em seu *efeito suspensivo*,

no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação. (...) § 5º *Não sendo requerida a execução no prazo de seis meses*, o juiz mandará arquivar os autos, sem prejuízo de seu desarquivamento a pedido da parte” (grifei).

¹⁷ REsp 299.433, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira; REsp 279.251, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

como bem percebeu Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁸. É verdade. Essa prática fornece ao juiz o poder de receber a apelação *somente em seu efeito devolutivo*, o que demonstra com bastante intensidade a possibilidade, que o juiz dispõe atualmente, de *conferir eficácia à sua sentença*, ainda que não atingida pelo fenômeno da coisa julgada, desde que provocado para tanto.

6. As tutelas de eficácia: uma proposta de classificação

Diante de tudo que foi exposto, propõe-se a seguinte classificação das *tutelas de eficácia*:

I – Eficácia das tutelas veiculadas em decisão interlocutória

1. *Tutelas de urgência*, nas seguintes modalidades:

a) tutelas cautelares inespecíficas, subdivididas em

a.1.) tutelas decorrentes de processo próprio, preparatório ou incidental;

e

a.2.) tutelas cautelares decorrentes de processo de conhecimento, por conversão;

b) tutelas cautelares específicas, subdivididas em

b.1.) tutelas cautelares para garantia da eficácia de processo de execução, condicionadas à prova;

b.2.) tutelas cautelares para garantia da eficácia do processo de conhecimento, condicionadas a critérios previamente fixados;

b.3.) tutelas cautelares satisfativas ou “provisórias de antecipação do mérito”; e

b.4.) tutelas cautelares preventivas;

c) tutelas cautelares atípicas, subdivididas em

c.1.) tutela cautelar para dar efeito suspensivo a recurso especial ou extraordinário;

c.2.) tutela cautelar no controle concentrado de constitucionalidade; e

c.3.) tutela cautelar em ação rescisória;

d) tutelas de antecipação da eficácia da sentença quando houver prova inequívoca, verossimilhança da alegação e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

2. *Tutelas de evidência*, nas seguintes modalidades:

a) tutela de antecipação da eficácia da sentença quando um ou mais dos

¹⁸ Posição doutrinária contida em *Aspectos Polêmicos da Antecipação da Tutela*, p. 538, ressaltada no voto do REsp 299.433, pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso; e

b) tutela de antecipação parcial ou total em mandado de segurança, em se analisando a relevância do fundamento (direito líquido e certo) e para evitar a ineficácia da medida, caso seja deferida em sentença.

3. *Tutelas punitivas ou inibitórias*, nas seguintes modalidades:

a) tutela de antecipação da eficácia da sentença quando caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, desde que haja prova inequívoca e verossimilhança da alegação; e

b) tutela liminarmente concedida em ação de obrigação de fazer ou não fazer ou em ação que tenha por objeto a entrega de coisa, quando relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, com imposição de multa diária (*astreints*).

II – Eficácia das tutelas veiculadas em sentença

1. *Tutelas de eficácia natural*, nas sentenças em que, por sua natureza, se imponha o imediato cumprimento de seu conteúdo, em face da não atribuição de efeito suspensivo ao recurso de apelação, que seriam as seguintes:

a) sentença que homologa a divisão ou a demarcação;

b) sentença que condena à prestação de alimentos;

c) sentença que decide o processo cautelar;

d) sentença que rejeita liminarmente os embargos à execução ou os julga improcedentes;

e) sentença que julga procedente o pedido de instituição de arbitragem;

e

f) sentença que confirma a decisão interlocutória anterior que antecipou a eficácia da tutela;

2. *Tutelas de eficácia condicionada à postulação do beneficiado*, que seriam as seguintes:

a) cumprimento provisório da sentença; e

b) sentença que concede a antecipação da eficácia em seu próprio conteúdo.

7. Conclusão

A proposta de classificação, por óbvio, merece ajustes. É imperfeita, na medida em que se estabelecem critérios sem a maturação das idéias. A infante proposta tem muito mais a pretensão de lançar reflexões e esperar reparos, do que

se firmar como algo acabado e definitivo, o que nunca é desejável no universo jurídico.

Encerrar este trabalho sem fazer referência – e porque não dizer, *reverência* – a Machado de Assis, constituiria flagrante heresia literária, ainda que no plano jurídico; afinal, este ano de 2008, repita-se, é dedicado ao artesão da insuperável arte das letras no Brasil.

Assim, ao indagar se a classificação ora proposta seria mais adequada no campo doutrinário, ou se o agrupamento até hoje enumerado pelos doutos do direito processual é o de melhor arrumação, valho-me do seguinte trecho da crônica de 1861 inserida na elogiável publicação *O Velho Senado* – de iniciativa do Conselho Editorial do Senado da República, em 2004 –, onde o Bruxo de Cosme Velho lança o seguinte ensinamento:

“Dizem os que têm visitado a antiga cidade de Constantino que há uma grande diferença entre um cemitério turco e um cemitério cristão. Aquele não inspira o sentimento que se experimenta quando se entra neste. O turco entrelaça a morte à vida, de modo que não se passeia com terror ou melancolia entre duas alas de túmulos. A razão desta diferença parece estar na própria religião. O que quereis que seja a morte para um povo a quem se promete na eternidade a eternidade dos gozos mais voluptuosos que a imaginação mais viva pode imaginar? Esse povo, que vive no requinte dos prazeres materiais, só entende o que lhe fala aos sentidos, e considera bem-aventurados os que morreram, que já gozam ou estão perto de gozar os prazeres prometidos pelo Profeta.

Mas, filosoficamente, terão razão eles ou nós filhos da igreja cristã? Há razão para ambas as partes, e cumpre acatar os sentimentos alheios, para que não desrespeitem os nossos.”

REFERÊNCIAS

CAVALCANTE, M. C. A antecipação da tutela e o novo sistema de eficácia da sentença. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 4, jun. 2003.

LIEBMAN, E. T. **Eficácia e autoridade da sentença**. Tradução Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

WAMBIER, T. A. A. **Aspectos polêmicos da antecipação da tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

THE EFFECTIVE GUARDIANSHIP ON CIVIL PROCEDURAL LAW

ABSTRACT: It is necessary to think of a tool to check the due efficiency of the judgments. There are then the effective guardianships, which may be urgent, evident, punitive or inhibitory. With respect to their origins, specific guardianships may be attached to interculatory decisions or judgments.

KEYWORDS: Jurisdictional guardianship. Specific guardianship. Proposal for new classification.

Recebido em / Received on / Recibido en Agosto de 2008
Aceito em / Accepted on / Acepto en Setembro de 2008